

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

ANDRÉ MACHADO MAYA

**A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL PENAL E SEUS REFLEXOS NAS REGRAS QUE DEFINEM A
COMPETÊNCIA PELA PREVENÇÃO DO JUÍZO**

Porto Alegre

2009

ANDRÉ MACHADO MAYA

**A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO
JURISDICCIONAL PENAL E SEUS REFLEXOS NAS REGRAS QUE DEFINEM A
COMPETÊNCIA PELA PREVENÇÃO DO JUÍZO**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de concentração: Sistema Penal e violência

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Professor Doutor Nereu José Giacomolli

Porto Alegre

2009

ANDRÉ MACHADO MAYA

**A IMPARCIALIDADE COMO MARCO ESSENCIAL DA PRESTAÇÃO
JURISDICIONAL PENAL E SEUS REFLEXOS NAS REGRAS QUE DEFINEM A
COMPETÊNCIA PELA PREVENÇÃO DO JUÍZO**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de concentração: Sistema Penal e violência

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Aprovada em ___ de dezembro de 2009.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli – PUC/RS

Prof. Dr. Antonio Scarance Fernandes – USP/SP

Prof. Dr. Aury Lopes Jr. – PUC/RS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M467i Maya, André Machado

A Imparcialidade como marco essencial da prestação
jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a
competência pela prevenção do juízo / André Machado Maya.
– Porto Alegre, 2009.

269 f.

Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) – Fac. de Direito,
PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

1. Direito Processual Penal. 2. Jurisdição.
3. Imparcialidade (Direito). 4. Competência (Direito).
I. Giacomolli, Nereu José. II. Título.

CDD 341.43

Bibliotecária Responsável: Salete Maria Sartori, CRB 10/1363

RESUMO

O presente trabalho, vinculado à linha de pesquisa *Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos*, do Programa de Pós-Graduação Ciências Criminais da PUCRS, versa sobre a imparcialidade como elemento essencial da atividade jurisdicional, e sobre os reflexos daí decorrentes nas regras processuais e regimentais que definem a prevenção como critério de fixação da competência no âmbito processual penal. Para tanto, parte-se do estudo da jurisdição, tal como concebida na formação do Estado moderno, onde tomaram forma as noções de unidade e exclusividade da jurisdição, e também de independência dos órgãos jurisdicionais. Depois, compreendida a atividade jurisdicional como uma função de garantia dos direitos fundamentais, passa-se ao estudo a imparcialidade propriamente dita, diferenciando-a das ideias de neutralidade e *impartialidad*, e identificando, através de um minucioso estudo da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, os critérios objetivos comumente utilizados na sua proteção. Ainda no segundo capítulo, são examinados os mecanismos legais de proteção da imparcialidade no Direito comparado e no ordenamento jurídico-processual brasileiro, e, ao final, proposta uma delimitação conceitual acerca da compreensão da imparcialidade, como sendo um princípio supremo do processo. No terceiro capítulo, então, a pesquisa é centrada especificamente na regra da prevenção, com a análise da sua previsão no Código de Processo Penal pátrio e nos Regimentos Internos dos tribunais brasileiros, e também do entendimento predominante sobre a questão na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do Tribunal Constitucional da Espanha, e da Corte Constitucional da Itália. Após, são examinadas algumas hipóteses de contaminação subjetiva do julgador no processo penal brasileiro que, se considerada a prevenção como regra de fixação da competência, são potencialmente aptas a retirar do magistrado a imparcialidade necessária ao julgamento da ação penal. O terceiro capítulo é encerrado, então, com o estudo do instituto do juiz de garantias, compreendido como uma formatação de possível minimização dos danos causados à imparcialidade no âmbito processual penal.

Palavras-Chave: Jurisdição. Imparcialidade. Competência. Prevenção.

RIASUNTO

Questo lavoro, che è vincolato alla linea di ricerca *Sistemi Giuridici-penali Contemporanei*, del Programa di Postgrado in Scienze Criminali della PUCRS, tratta sull'imparzialità come elemento essenziale dell'attività giurisdizionale, e sui riflessi che ci vengono sulle regole processuali e regimentali che fanno la definizione della prevenzione come criterio per fissare la competenza nell'ambito processuale penale. Perciò, si parte dallo studio della giurisdizione, come si concepisce nella formazione dello Stato moderno, dove hanno preso le nozioni di unità e esclusività della giurisdizione, e anche di indipendenza degli organi giurisdizionali. Poi, dalla comprensione dell'attività giurisdizionale come una funzione di garanzia dei diritti fondamentali, si va allo studio dell'imparzialità, osservandosi le differenze sulle idee di neutralità e *impartialidad*, e identificando, con un attento studio della giurisprudenza del Tribunale Europeo de Diritti Umani, i criteri che spesso vengono usati nella sua protezione. Ancora nel secondo capitolo, sono esaminati i meccanismi legali di protezione dell'imparzialità nel Diritto comparato e nell'ordine giuridico-processuale brasiliana, e alla fine, viene proposta una delimitazione concettuale sulla comprensione dell'imparzialità, intesa come un principio supremo del processo. Nel terzo capitolo, quindi, la ricerca è sulla regola della prevenzione, con l'analisi di sua previsione nel Codice di Procedura nazionale e nei Regimenti Interni del Tribunale Europeo de Diritti Umani, del Tribunale Costituzionale di Spagna, e della Corte Costituzionale italiana. Poi, saranno osservate alcune situazioni di inquinamento soggettivo del giudice nel processo penale brasiliano che, se per caso viene considerata la prevenzione come regola per fissare la competenza, sono capaci di togliere al magistrato la sua imparzialità necessaria per il giudizio di un processo penale. Il terzo capitolo finisce, allora, con lo studio dell'istituto del giudice di garanzie, inteso come una struttura per minimizzare i danni provocati all'imparzialità nel processo penale.

Parole-Chiave: Giurisdizione. Imparzialità. Competenza. Prevenzione.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	A JURISDIÇÃO NO ESTADO DE DIREITO	17
2.1	Do Estado Natural ao Estado Moderno: A influência dos movimentos racionalistas no desenvolvimento da concepção atual de jurisdição.....	18
2.2	Jurisdição: Concepção e notas essenciais.....	32
2.2.1	O princípio- <i>garantia</i> da unidade da jurisdição.....	42
2.2.2	O princípio- <i>garantia</i> da exclusividade da jurisdição	46
2.2.2.1	A exclusividade da jurisdição criminal como garantia fundamental.....	47
2.2.3	O princípio- <i>garantia</i> da independência jurisdicional.....	50
3.	A IMPARCIALIDADE COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA FUNÇÃO JURISDICIONAL	61
3.1	Imparcialidade e neutralidade: Uma diferenciação necessária.....	65
3.2	Imparcialidade e <i>impartialidad</i> : O contributo de Werner Goldschmidt à concepção de imparcialidade.....	81
3.3	A objetivação da imparcialidade: Instrumentos processuais de proteção a um julgamento imparcial e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	90
3.3.1	Regras protetivas da imparcialidade: Incompatibilidade, impedimento e suspeição.....	95
3.3.1.1	O ordenamento jurídico alemão	95
3.3.1.2	O ordenamento jurídico italiano.....	98
3.3.1.3	O ordenamento jurídico espanhol.....	101
3.3.1.4	O ordenamento jurídico brasileiro.....	104
3.3.2	O direito a um julgamento imparcial na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	113
3.4	Delimitação conceitual: A imparcialidade como princípio supremo do processo	121

4.	A PREVENÇÃO COMO REGRA DE EXCLUSÃO DA COMPETÊNCIA NO PROCESSO PENAL	126
4.1	A regra da prevenção na legislação ordinária: o Código de Processo Penal.	131
4.1.1	Os atos decisórios e a distribuição como critérios de identificação da prevenção.....	137
4.2	A regra da prevenção nos Regimentos Internos dos Tribunais	144
4.3	O tratamento dispensado ao instituto da prevenção pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos	150
4.3.1	A regra da prevenção na Espanha	165
4.3.2	A regra da prevenção na Itália.....	179
4.4	Hipóteses de contaminação judicial pela prevenção no Processo Penal brasileiro.	193
4.4.1	Os precedentes do Supremo Tribunal Federal.....	211
4.5	Perspectivas de redução de danos: O juizado de garantias.....	223
5.	CONCLUSÃO.....	234
	REFERÊNCIAS	243

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro – Decreto-Lei 3.689 –, sancionado pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas, em 03.10.1941, passou a vigor no dia 01.01.1942. Desde então, com algumas poucas alterações – como as decorrentes das reformas de 2008 –, a essência da legislação processual penal tem-se mantido a mesma, assentada em bases inquisitoriais oriundas do regime totalitário vigente durante a 2ª Guerra Mundial, e em grande parte influenciada pelo Código de Processo Penal da Itália, denominado Código Rocco, de 1930, gestado por Vincenzo Manzini e acolhido pelo então Ministro Alfredo Rocco. “[...] um código totalmente reacionário [...]”, nas palavras de Cordero.¹

Compreendido esse contexto e tendo em vista a posterior enunciação dos mais variados diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos no período pós-guerra,² e a abertura democrática consumada no Brasil com a Constituição Federal de 1988, torna-se inegável a necessidade de uma releitura da legislação processual penal, pautada pelos nortes do atual texto constitucional. O ideal democrático que serviu de paradigma à Constituição vigente e a elevação da dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil impõem seja o Processo Penal entendido, hoje, não mais como apenas um meio necessário à incidência da *potestad* punitiva do Estado, mas também – e principalmente – como uma forma de tutela dos direitos fundamentais previstos, tanto na Carta constitucional, quanto nos tratados internacionais de direitos humanos, como é o caso do Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é parte signatária. No âmbito de um Estado Democrático de Direito, a legislação processual penal deve estar comprometida

¹ CORDERO, Franco. *Procedura Penale*. 8.ed. Milão: Giuffrè, 2006, p. 87. Cordero (*Procedura Penale...* p. 85), ao referir-se aos autores do Código de Processo Penal italiano, identifica Vincenzo Manzini como “[...] penalista casuísta e homem de ordem, rigorosamente partidário da tradição inquisitória italiana [...]”, e Alfredo Rocco como “[...] de tendência nacionalista, jurista hábil, cultivador de uma exígua filosofia política, com fundo paranóide, e mentor legal da incipiente ditadura.”

² Conforme Scarance Fernandes (*Processo Penal Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17), “[...] principalmente após as guerras mundiais, os países firmaram declarações conjuntas, plenas de normas garantidoras, visando justamente a que seus signatários assumissem o compromisso de, em seus territórios, respeitarem os direitos básicos do indivíduo.”

com essa tutela dos direitos fundamentais, de modo que se pode afirmar não ser mais possível tergiversar a respeito de algumas garantias processuais mínimas.

Neste cenário, assume especial relevância a figura do juiz, a quem, na condição de representante do Poder Judiciário, compete o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais dos acusados na seara processual penal, a ponto de Giacomolli destacar que “O desafio do magistrado, na atualidade, é colaborar na construção do direito como um sistema artificial de garantias constitucionais, na direção da tutela dos direitos fundamentais, mormente na preservação da dignidade do ser humano.”³

Tal sistema, porém, afigura-se possível somente quando se compreende o Processo Penal como “Um processo ético, limpo, sem surpresas, equilibrado, com regras definidas e conhecidas, e que valoriza o ser humano [...]”,⁴ para o que se impõe a sua concepção como um processo de partes – em que as atividades de acusar e julgar estejam distribuídas a diferentes personagens –, estruturado sobre um procedimento em contraditório,⁵ em que às partes compete desenvolver a atividade probatória orientada ao convencimento de um julgador imparcial, a quem é dado decidir de maneira subjetivamente desinteressada.

Assim, a atividade jurisdicional penal, monopolizada pelo Estado, passa a ser informada por princípios políticos orientados a garantir a observância desse núcleo de direitos fundamentais, dentre os quais Montero Aroca destaca o da independência dos juízes, capaz de estabelecer um leque de garantias em relação à sociedade, aos demais poderes do Estado e, principalmente, às partes processuais, caso que se traduz na imparcialidade do órgão jurisdicional.⁶ A isso refere-se Ferrajoli, ao analisar as características da atividade jurisdicional, destacando o que denomina de *principio de jurisdiccionalidad*,⁷ informado pelas garantias da independência, do juiz natural e da

³ GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à Constituição: Deveres e limites em face do princípio acusatório. In: GAUER, Ruth Maria Chitò (Org.). *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 217.

⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

⁵ Conforme FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

⁶ MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*. Madrid: Tecnos, 1976, p. 39.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e outros. 6.ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 579/580.

imparcialidade do órgão julgador, considerada esta última como o fato de o juiz manter-se alheio aos interesses das partes contrapostas no processo penal.

Verifica-se, daí, a importância da imparcialidade do órgão jurisdicional, entendida como uma garantia fundamental orientada à concretização de um processo penal justo e ético. Essa imparcialidade deve abranger tanto aspectos pessoais quanto institucionais, conforme bem destacado por Ferrajoli, visto que, para o exercício legítimo da função de julgar, o juiz deve agir com desinteresse no resultado da causa, sem manifestar preferência pela condenação ou pela absolvição, bem como não deve atuar como acusador, assumindo um papel de inimigo do réu.⁸ Seguindo essa doutrina, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem decidido, reiteradamente, que a imparcialidade, seja do ponto de vista subjetivo, seja desde uma aproximação objetiva, é condição crucial para a concretização do direito a um processo com todas as garantias.⁹

Assim, como decorrência lógica da garantia de imparcialidade do órgão jurisdicional, tida como “[...] a essência da atividade jurisdicional [...]”,¹⁰ o processo penal deve constituir uma relação em contraditório entre acusador e acusado, um processo de partes, em que o juiz deve-se posicionar como um terceiro observador, evitando qualquer interferência que possa contaminar o seu desinteresse subjetivo no resultado da causa.

Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem afirmado, desde a década de oitenta, a incompatibilidade entre o exercício de funções de investigação e de julgamento por um mesmo magistrado, em um mesmo processo penal, do que é exemplo o paradigmático caso *De Cubber vs. Bélgica*. Seguindo essa linha, e certamente por influência dessa jurisprudência, o Tribunal Constitucional da Espanha afirmou, na sentença 145/1988, que o juiz instrutor – leia-se investigador – está impedido de julgar o processo, sob pena de violação da imparcialidade objetiva; e a Corte Constitucional da Itália firmou, também, sua jurisprudência no sentido da incompatibilidade de sucessivo exercício de funções decisórias em diferentes fases de um único procedimento.

Essa questão, entretanto, não é nova na Espanha. Na exposição de motivos da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 1882, o ministro Manuel Alonso Martínez manifestava sua

⁸ FERRAJOLI. *Derecho y Razón – teoría del garantismo penal...* pp. 581/582.

⁹ PICÓ I JUNOY. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1997, p. 133.

¹⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. *Atividade do juiz criminal frente à Constituição: Deveres e limites em face do princípio acusatório*. In *Sistema Penal e Violência*. Coord. Ruth Maria Chittó Gauer. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 219.

preocupação com o sistema anterior, no qual “[...] o juiz que investiga na fase do sumário é o mesmo que pronuncia a sentença com todas as preocupações e pré-conceitos¹¹ que a investigação fez nascer no seu ânimo.”¹² Na mesma exposição de motivos, entretanto, ficava claro que, já naquele momento, a lei processual penal espanhola passava a adotar o princípio *del juez no prevenido*,¹³ o qual só viria a ser abandonado pelas Leis 3/1967 e 10/1980, essa última posteriormente declarada, em parte, inconstitucional na sentença 145/1988.

A controvérsia, pois, não é recente. Somente um século depois de ter sido suscitado o problema, na exposição de motivos da lei processual espanhola, é que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos passou a reconhecer como garantia fundamental dos acusados no processo penal a imparcialidade do órgão julgador. No Brasil, com mais duas décadas de atraso, a questão aportou ao Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento da ADI 1570, seguindo a linha da jurisprudência europeia, reconheceu que conferir poderes investigatórios ao juiz viola a garantia da imparcialidade, essência do devido processo legal. Posteriormente, porém, quando do julgamento do HC 92.893/ES, a Corte Suprema afirmou ser inaplicável ao processo penal brasileiro, dadas as suas peculiaridades, o entendimento de que a atuação do juiz na fase de investigação preliminar torna-o impedido de participar do julgamento do feito.

É, pois, exatamente sobre essa controvérsia que se centra a análise proposta na presente investigação. Seria razoável considerar a prevenção, no âmbito processual penal, uma regra de exclusão da competência? E, mais, seria compatível com o ordenamento jurídico-processual brasileiro essa proposta? São essas as duas indagações que o presente estudo se propõe a investigar, dada a sua relevância em face da necessária adequação

¹¹ Utilizamos aqui, como também no decorrer do trabalho, a expressão *pré-conceito*, com o intuito de destacar a ideia de formação prévia de conceitos pelo magistrado, embora consciente de que a expressão correta, na língua portuguesa, é preconceito. O mesmo se verifica em relação à expressão pré-juízo.

¹² OLIVA SANTOS, Andrés de la. *Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*. Barcelona: PPU, 1988, p.14.

¹³ Constava da referida Exposição de Motivos, segundo Oliva Santos (*Jueces imparciales, fiscales “investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal...* p. 15): “Não, a partir de hoje as investigações do juiz instrutor não serão mais do que uma simples preparação do juízo. O julgamento verdadeiro não começa senão com a imputação provisória e com a abertura dos debates diante do Tribunal que, estranho à investigação, vai julgar imparcialmente e dar o triunfo àquele dos contendentes que tenha a razão e a justiça do seu lado.”

constitucional do processo penal. Ainda que em diversos outros momentos da persecução penal possam ser identificados resquícios do sistema inquisitivo predominante no momento contemporâneo ao da edição do Código de Processo Penal vigente, as regras de fixação da competência denotam inafastável importância, uma vez que têm relação direta com a garantia da jurisdicionalidade e produzem efeitos sobre os princípios do juiz natural e do devido processo legal, sem o que o processo penal perde completamente o seu foco.

A discussão, ademais, é atual na jurisprudência de algumas Cortes Constitucionais europeias, bem como no próprio Tribunal Europeu de Direitos Humanos, embora seja relativamente recente no Brasil, onde a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem duas únicas decisões a respeito, e cuja doutrina apresenta raríssimos trabalhos específicos.¹⁴ Depreende-se, daí, a importância do aprofundamento dos debates a respeito dessa problemática, partindo de um estudo do Direito comparado para adequá-la ao ordenamento jurídico brasileiro, e buscando, ainda, estabelecer a possibilidade, os limites e as consequências decorrentes da sua aplicabilidade.

Com esse enfoque, a presente pesquisa, desenvolvida no âmbito da linha de pesquisa *sistemas jurídico-penais contemporâneos*, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, estrutura-se nos métodos dedutivo, dogmático e bibliográfico-documental, pautando-se na análise dos mais variados textos legais e doutrinários, e na pesquisa de jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e das Cortes Constitucionais da Espanha, da Itália e do Brasil, para então, partindo do geral, chegar ao particular.

Para tanto, iniciamos o presente estudo pela análise da jurisdição no marco dos movimentos racionalistas que dominaram o pensamento europeu moderno nos séculos XVII e XVIII. No primeiro capítulo, busca-se identificar o contexto em que surgiu a ideia de jurisdição como um Poder do Estado, pautada especialmente na teoria da separação dos poderes formulada em um primeiro momento por Locke e, posteriormente, por Montesquieu. Analisa-se, ainda, as características de unidade, exclusividade e independência do Poder jurisdicional, e especificamente a exclusividade da jurisdição como uma garantia fundamental no processo penal, na medida em que assumido pelo Estado o monopólio da *potestad* punitiva.

¹⁴ Sobre o assunto, veja-se LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 2 v. v.1, p. 122/128.

Em um segundo momento, é dedicada especial atenção à imparcialidade dos órgãos jurisdicionais, compreendida pela doutrina como um elemento estrutural do processo,¹⁵ uma nota indispensável da jurisdição,¹⁶ ou um princípio supremo do processo.¹⁷ Inicia-se o segundo capítulo pela necessária diferenciação entre imparcialidade e neutralidade, para depois distinguir, também, *partialidad* e imparcialidade, na perspectiva do pensamento de Goldschmidt. Feito isso, passa-se ao estudo dos critérios objetivos de proteção da imparcialidade, identificados na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, mediante análise da sua jurisprudência e dos ordenamentos jurídico-processuais da Alemanha, Itália, Espanha e Brasil, para, ao fim, propor uma delimitação da compreensão de imparcialidade como sendo um princípio supremo do processo, tal como proposto por Aragonese Alonso.

No terceiro capítulo, então, é analisada a regra da prevenção. Em um primeiro momento, perante o ordenamento jurídico-processual brasileiro, de modo a verificar a forma como é disciplinada essa regra de fixação da competência no Código de Processo Penal e nos regimentos internos dos tribunais que compõem a estrutura do Poder Judiciário brasileiro. Nesse segundo ponto, a análise foi precedida de um detalhado levantamento de todos os regimentos internos dos Tribunais de Justiça estaduais, dos Tribunais Regionais Federais, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de verificar em que casos, quando e sobre que órgão jurisdicional recai a competência pela prevenção nas instâncias recursais. Após esse detalhado levantamento, passa-se, então, à análise do tratamento dispensado à regra da prevenção no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, do Tribunal Constitucional da Espanha e da Corte Constitucional da Itália, no intuito de demonstrar os fundamentos pelos quais a prevenção é entendida como regra de exclusão da competência, e também os casos em que as Cortes europeias entendem estar objetivamente justificado o temor pela perda da imparcialidade dos órgãos jurisdicionais. Também aqui, como forma de aproximar o estudo teórico desenvolvido ao longo do trabalho à prática jurisdicional brasileira – a *law in action* –, é feita uma análise de três decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que, direta ou indiretamente, se relacionam com o objeto da presente pesquisa. São os casos dos julgamentos dos *Habeas*

¹⁵ TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad*. México: UNAM, 2007, p. 10.

¹⁶ MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal...* p. 42.

¹⁷ ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal* (Introducción). 2.ed. Madrid: Edersa, 1997, p. 127.

Corpus 86.963/RJ e 94.641/BA, em que a Suprema Corte se centra na questão da taxatividade ou não do rol das hipóteses de impedimento, previstas no artigo 252 do Código de Processo Penal, e do *Habeas Corpus* 92.893/ES, em que a discussão recai especificamente na incompatibilidade do exercício das funções de investigação e julgamento.

Ao final do capítulo, então, são analisadas as hipóteses de contaminação subjetiva dos órgãos jurisdicionais no processo penal brasileiro que, de acordo com o entendimento das Cortes europeias, justificariam o impedimento do magistrado para participar do julgamento da ação penal, e, como uma medida de redução de potenciais danos aos direitos fundamentais, é examinada a proposta do juizado de garantias, em parte prevista pelo Projeto de Lei 156, do Senado Federal.

5 CONCLUSÃO

Sem a pretensão de esgotar os debates acerca do objeto da presente pesquisa, ou mesmo de propor a solução à problemática da regra da prevenção no âmbito processual penal, o que consistiria em uma utópica tentativa reducionista, incompatível com a diversidade de abordagens possíveis da questão e, também, com a complexidade do sistema jurídico, pensamos ser possível, com base nas considerações feitas no decorrer do estudo, formular alguns delineamentos conclusivos sobre o problema que deu origem à presente investigação.

Examinar a regra da prevenção no processo penal, tendo como norte o princípio da imparcialidade, pressupõe, antes de mais nada, a exata compreensão do que seja essa imparcialidade e do papel por ela desempenhado no Direito Processual como um todo, e no Processual Penal em particular. Isso, por sua vez, requer um prévio entendimento do significado de jurisdição, motivo pelo qual iniciamos a pesquisa pelo estudo do desenvolvimento da sua atual concepção, tomando como base a transição do Estado natural para o Estado moderno, período no qual, segundo Ferrajoli, tiveram origem alguns princípios-chaves que atualmente permitem compreender o sistema penal como um modelo garantista de limitação da *potestad* punitiva estatal.¹⁸

A jurisdição, compreendida hodiernamente como poder do Estado, e por isso una, indivisível e exercida com exclusividade pelo Judiciário, tem sua origem no século XVII, em que o aflorar dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade, associado às revoluções científicas de Copérnico, Galileu, Descartes e Newton, fez despontar a necessidade de se estabelecer o que Baumer definiu como “[...] um poder político supremo capaz de manter a paz social [...]”,¹⁹ papel então assumido pelo príncipe, única autoridade dotada de poderes absolutos, pois orientada pela graça divina. O exercício do poder soberano, e o seu posterior abuso – marca do absolutismo –, foram, depois, confrontados pelas ideias de direitos naturais e de igualdade, que originaram as teorias do contrato social de John Locke e de Rousseau, segundo as quais o Estado fora constituído no intuito de assegurar a plenitude dos direitos dos indivíduos. Com base nessa premissa, primeiro com Locke, e depois com Montesquieu, foi delineada a proposta de separação dos poderes do

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón...* p. 92/93.

¹⁹ BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno*. v. I. Séculos XVII e XVIII... p. 112.

Estado como forma de evitar as arbitrariedades identificadas no absolutismo, e criado, como terceiro Poder do Estado, o Judiciário, responsável pela resolução das controvérsias entre indivíduos e entre esses e o Estado. Era preciso, diante dos problemas identificados no Estado soberano, no qual predominava a concentração do poder, que a atividade de julgar fosse atribuída a um terceiro neutro, vinculado apenas à literalidade da lei – juiz boca da lei –, que, por isso, estivesse em condições de impor limites à arbitrariedade estatal, limitando o exercício da *potestad* punitiva no âmbito penal.

Já nesse contexto, pois, destacava-se a exigência de um distanciamento entre o julgador e os demais poderes do Estado, e também entre ele e as partes, o que, posteriormente, viria a ser traduzido como garantias de independência e de imparcialidade; aquela protetiva de eventuais influências provenientes dos demais poderes e dos demais órgãos hierárquicos do próprio Poder Judiciário, e essa de possíveis influências das partes ou mesmo do objeto do processo. O exato cumprimento da atividade jurisdicional, portanto, passou a ser delineado pelo que se convencionou chamar de independência e imparcialidade, pressupostos à exata aplicação da lei, sendo essa última garantia definida pela doutrina como um elemento estrutural do juízo,²⁰ uma nota indispensável da jurisdição,²¹ ou um princípio supremo do processo.²² Dentre esses diferentes conceitos, optou-se por adotar o último, compreendendo a imparcialidade como um princípio, um dever-ser que orienta o padrão a ser observado pelo juiz no exercício da atividade jurisdicional, um mandamento de otimização que se depreende da compreensão do processo como uma estrutura heterônoma de reparto, e não apenas uma mera característica da atividade jurisdicional – uma nota indispensável – ou mesmo um valor, como se o comportamento imparcial pudesse ser definido como o melhor dentre os possíveis de serem adotados pelo julgador. A imparcialidade, como princípio, se apresenta como condição de legitimidade da atividade jurisdicional.

Daí a importância do estudo da imparcialidade como etapa prévia à análise crítica das regras processuais definidoras da competência jurisdicional, como no caso da prevenção. De início porque, diferentemente da compreensão predominante no início do

²⁰ TRUJILLO, Isabel. *Imparcialidad...* p. 10.

²¹ MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal...* p. 42.

²² ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal* (Introducción). 2.ed. Madrid: Edersa, 1997. p. 127. Para Goldschmidt (La Imparcialidad como Principio básico del Proceso. In *Monografías de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Serie 2ª*. n. 1. Madrid: Gráfica Clemares, 1950. p. 08), poucas objeções existem à consideração da imparcialidade como fundamento do processo em geral, seja ele de natureza civil, penal, ou mesmo contencioso-administrativo.

século XVIII, atualmente é possível e, mais do que isso, impositivo, diferenciar-se imparcialidade de neutralidade. Sabe-se, já há algum tempo, consoante bem leciona Heidegger, que o homem é definido e existe porque inserido em um contexto universal onde se relaciona consigo mesmo e com outros homens, em uma constante troca de valores e experiências,²³ e que tudo isso forma o seu *ser*, do qual não é possível separar-se nem mesmo quando do exercício da função de julgar. Por isso, e porque a atividade jurisdicional, ao pressupor uma interpretação dos fatos e da própria lei, é eminentemente valorativa, a neutralidade propugnada na formação do Estado moderno não passa de uma mera utopia, e o conceito a ser trabalhado passa a ser o de imparcialidade, compreendido o ser imparcial com base em uma ideia de distanciamento do juiz tanto para com as partes, quanto para com o objeto da demanda, de modo que no exercício da atividade jurisdicional esteja o magistrado em uma posição de alheamento em relação aos interesses em jogo – *terzietà* –, subjetivamente interessado apenas em solucionar a controvérsia em conformidade com a Lei.²⁴ Em outras palavras, é o desinteresse subjetivo no resultado do processo o que caracteriza o ser imparcial.²⁵

A tutela desse desinteresse subjetivo, porém, exatamente em razão da subjetividade em questão, constitui uma tarefa difícil ao homem, senão impossível, motivo pelo qual optam os ordenamentos jurídicos, como regra, por estabelecer hipóteses legais em que, diante de determinadas situações de fato, afigura-se razoável presumir uma possível contaminação subjetiva do julgador, sendo, daí, lícito o seu afastamento. Trata-se de objetivar, mediante previsões legais, o que por essência é subjetivo.

Nesse contexto foi priorizada, no segundo capítulo do presente estudo, a análise não apenas dos regramentos processuais penais que estabelecem casos de impedimentos, suspeições e incompatibilidades no âmbito dos ordenamentos jurídicos brasileiro, alemão, italiano e espanhol, mas também o entendimento jurisprudencial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos acerca de situações fáticas justificadoras de uma possível contaminação subjetiva do julgador e que, por isso, são interpretadas como geradoras de uma incompatibilidade para o sucessivo exercício de diferentes funções processuais. Dentre tais

²³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo...* p. 27/41, 90/102 e 198/218.

²⁴ A referência à Lei com inicial maiúscula é proposital, no intuito de abranger também, e principalmente, a Constituição Federal e os Tratados internacionais protetivos dos direitos humanos.

²⁵ MONTERO AROCA, Juan. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales...* p. 186.

situações, destaca-se o exercício de funções processuais na fase investigatória, o que no ordenamento jurídico brasileiro dá ensejo à prevenção do juízo, firmando a sua competência para o julgamento de posterior ação processual penal, exatamente ao contrário do que acontece nos diferentes ordenamentos jurídicos europeus, dos quais são exemplos os da Espanha e da Itália, cuja análise permitiu identificar ser a atuação jurisdicional na fase pré-processual uma hipótese de exclusão da competência jurisdicional penal.

Do panorama geral dado pela jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, cujos julgados abrangem os ordenamentos jurídicos de uma significativa diversidade de países integrantes da União Europeia, tais como Bélgica, Áustria, França, Portugal e Dinamarca, dentre outros, aos panoramas específicos do Tribunal Constitucional da Espanha, onde vige o princípio de que *el juez que instruye no puede juzgar*, e da Corte Constitucional da Itália, em que predomina o entendimento – aliás consoante previsão legal – de que o exercício sucessivo de atuações jurisdicionais por um mesmo juiz em diferentes fases de um único procedimento penal é caso de incompatibilidade, depreende-se a relevância da questão sob análise e os efeitos daí decorrentes no que os italianos denominam de *giusto proceso*. A constante presença dessa questão na jurisprudência das referidas Cortes europeias, por tão longo período, retrata a atenção por elas dispensada aos textos dos diplomas protetivos dos direitos humanos, como é o caso da Convenção Europeia de Direitos Humanos e, também, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Se, por um lado, é notória a relativização da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre o direito de ser julgado por um juiz imparcial, afirmada por ocasião do julgamento do caso *De Cubber vs. Bélgica*, tendo a Corte Europeia, posteriormente, adotado entendimento de que somente diante de cada caso concreto é possível verificar a possível perda de imparcialidade, por outro lado é também inegável que permanece hígida a compreensão do referido Tribunal de que o direito de ser julgado por um juiz imparcial exige que o magistrado ofereça, em relação ao processo que lhe é dado julgar, garantias suficientes para dissipar quaisquer dúvidas sobre sua imparcialidade. Assim, na ótica do TEDH, sempre que determinados fatos concretos justifiquem uma dúvida razoável sobre a imparcialidade do julgador, permitindo supor ter ele adquirido pré-conceitos ou pré-juízos sobre o fato criminal antes mesmo do seu julgamento, impõe-se o seu afastamento do processo, pois, ainda que possa o juiz manter-se imparcial, importa

preservar a confiança da sociedade no Poder Judiciário, potencialmente abalada diante das referidas situações concretas que justificam o temor pela perda da imparcialidade.

Na linha desse entendimento, passou o Tribunal Constitucional da Espanha a entender que, no âmbito do ordenamento jurídico espanhol, a atuação do magistrado na fase de instrução – leia-se investigação – impede-o de tomar parte no julgamento de mérito da ação penal. Segundo a Corte, na sentença 145/1988, o contato do juiz com o material probatório colhido na investigação permite pressupor uma possível contaminação subjetiva, decorrente do surgimento de preconceitos no ânimo do juiz acerca da culpabilidade do suspeito. Contudo, seguindo a relativização da jurisprudência do TEDH, a Corte espanhola estabeleceu como critério de aferição da perda da imparcialidade a diferenciação entre atos meramente ordenatórios da investigação e atos tipicamente investigatórios, afirmando que apenas esses últimos, por importarem uma valoração do material indiciário colhido e uma opção entre duas alternativas possíveis, justificam, do um ponto de vista objetivo, o temor pela perda da imparcialidade. Nesse viés, pontuou o Tribunal que as decisões acerca do *status libertatis* do investigado e sobre a produção antecipada de provas, bem como o fato de ter o juiz interrogado o suspeito e ouvido testemunhas, durante a investigação, constituem atos típicos de investigação e justificam a dúvida sobre a parcialidade do julgador, pois em todos esses casos identifica-se uma semelhança, em termos de intensidade e extensão, para com o exame exigido no julgamento do mérito da imputação penal.

No mesmo andar, consolidou-se o entendimento da Corte Constitucional italiana, em sintonia com o disposto no artigo 34, §2º, do Código de Processo Penal e no artigo 111 da Constituição Federal, ao afirmar que o regime de incompatibilidade tem por fundamento evitar que a avaliação de mérito do juiz possa ser, ou parecer que tenha sido, condicionada pelo desenvolvimento de determinadas atividades nas precedentes fases do procedimento. Assim, segundo a Corte Constitucional, tendo o magistrado, em uma fase anterior do procedimento, proferido alguma decisão cuja valoração seja similar ao exame do mérito da ação penal, estará, pela simples possibilidade de ter adquirido pré-conceitos ou pré-juízos sobre o fato *sub judice*, impedido de tomar parte no julgamento do feito em qualquer das fases ulteriores do processo penal. Dentre esses casos, foram consideradas hipóteses que justificam o temor pela perda da imparcialidade o fato de o juiz ter indeferido pedido de arquivamento da investigação, formulado pelo Ministério Público, e

também as decisões que deferem ou não medidas cautelares pessoais contra o investigado, diante da exigência da lei processual de que tais medidas sejam decretadas somente quando identificados *graves indícios* de autoria delitiva.

Adotado, então, esse entendimento jurisprudencial como paradigma, passou-se a analisar as hipóteses de possível contaminação subjetiva dos órgãos jurisdicionais perante o ordenamento jurídico brasileiro, decorrentes da atuação de um único magistrado em uma anterior fase de um mesmo procedimento, em especial na fase da investigação preliminar. Assumida a distinção entre atos meramente ordenatórios da investigação criminal e atos tipicamente investigativos, nos quais a análise exigida do magistrado se assemelha em extensão e intensidade ao exame de mérito, é possível identificar como potencialmente geradores de perda da imparcialidade, dentre outros atos jurisdicionais referidos no curso do presente estudo, aqueles que decidem sobre o *status libertatis* do investigado, sobre os requerimentos de interceptação telefônica e de quebras de sigilos bancário e fiscal, bem como aqueles que decidem sobre o deferimento ou não de alguma medida cautelar de natureza real, como é o caso do sequestro, da hipoteca legal, do arresto de bens, e também da busca e apreensão, essa especialmente quando conduzida pelo próprio juiz. Em todos esses casos, o exame do denominado *fumus comissi delicti* e a exigência legal de que o juiz se convença da suficiência dos indícios de autoria delitiva, bem como, em algumas hipóteses, do *periculum libertatis*, autoriza crer que o exame do material indiciário produzido na investigação preliminar não pode ser limitado a uma mera formalidade, mas, ao contrário, exige uma mínima substancialidade. Por outro lado, mas pelos mesmos motivos aqui referidos, também as decisões proferidas em instância recursal, ou mesmo no julgamento de *habeas corpus*, como são os casos do julgamento de apelação interposta em face da rejeição da denúncia e de *habeas corpus* impetrado contra decisão que determinou a prisão preventiva, ou que indeferiu requerimento de liberdade provisória, justificam o impedimento do magistrado para, posteriormente, tomar parte no julgamento de eventual recurso interposto contra a decisão de mérito.

Essa função exercida pelo juiz no curso da investigação preliminar, justamente porque considerada uma função de garantia dos direitos fundamentais do investigado, exige do julgador uma atenta análise do material indiciário que serve de fundamento à medida restritiva desses direitos. Com efeito, é porque ao juiz compete resguardar os direitos fundamentais dos investigados que dele é exigida uma minuciosa análise dos

pressupostos e requisitos das referidas medidas cautelares, sendo, por isso, razoável supor tenha ele formado, antecipadamente, uma convicção sobre o caso penal, sobre a possível culpabilidade do suspeito, e com isso perdido a imparcialidade necessária para a correta prestação da atividade jurisdicional.

Em face desse cenário, afigura-se lícito afirmar, como uma primeira constatação, a incompatibilidade dos dispositivos processuais e regimentais que disciplinam a prevenção como regra de fixação de competência em face da garantia constitucional do devido processo legal, expressa no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, e, também, do direito de ser julgado por um tribunal imparcial, explicitado no artigo 8.1 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, diploma do qual o Brasil é parte signatária e que foi devidamente incorporado ao ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, não é razoável pretender-se uma isenção de quem, pelo exercício anterior da função jurisdicional, ainda que como garantidor dos direitos fundamentais, tenha formado previamente uma convicção sobre a existência do crime e sobre a possível – ou provável – culpabilidade do suspeito.

Definido isso, e, destacando-se uma vez mais, sem a pretensão de afirmar a conclusão ao problema em questão, duas possibilidades foram aventadas: pela primeira delas, tomar a prevenção como regra de exclusão da competência, com base no artigo 112 do Código de Processo Penal, caso em que, consoante entendimento jurisprudencial das Cortes Europeias, as hipóteses que justificam a incompatibilidade – ou impedimento – para o exercício de funções jurisdicionais em uma posterior fase de um mesmo processo penal somente seriam identificáveis diante das circunstâncias de cada caso concreto. Tal caminho, contudo, tem no casuísmo e na instabilidade do entendimento jurisprudencial o seu ponto fraco, afigurando-se problemático em razão de que a questão tem estreita relação com a garantia do juiz natural. Com efeito, no Direito Processual Penal forma é garantia, e assim devem ser compreendidas as regras delimitadoras da competência jurisdicional. Por isso, foi afirmado ser o instituto do juiz de garantias – a segunda das possibilidades aventadas – o mecanismo processual adequado à redução de danos aos direitos e às garantias fundamentais no âmbito processual penal, ou, em outras palavras, à maximização da eficácia do princípio-garantia da imparcialidade.

Tal como previsto no Projeto de Lei 156/2009 do Senado Federal, apenas com algumas modificações, o referido instituto, ao atribuir a um magistrado – juiz de garantias – a competência exclusiva para o exercício da atividade jurisdicional na fase de

investigação preliminar, e a outro – não menos garantidor dos direitos fundamentais do réu – a competência para a instrução processual e para o julgamento da ação penal, dividindo o processo em duas fases distintas e estanques, torna possível minimizar ao máximo as chances de contaminação subjetiva do julgador e, por consequência, potencializar a sua imparcialidade. Não se trata, no caso, de importar ao ordenamento jurídico brasileiro a figura do juiz de instrução, ainda existente em alguns ordenamentos jurídicos europeus, como na Espanha, mas – exatamente ao contrário – atribuir a um magistrado a tutela dos direitos fundamentais do suspeito e da legalidade da investigação, mantendo o juiz competente para o conhecimento e julgamento da ação penal afastado da colheita de elementos indiciários que somente se prestam ao oferecimento da denúncia, tarefa da polícia civil e do Ministério Público.

Os possíveis resultados positivos desse instituto do juiz de garantias, porém, cairiam por terra com a manutenção da regra da prevenção no âmbito dos tribunais de segunda instância, ao afirmar a competência para o julgamento do recurso interposto em face da decisão de mérito a um órgão colegiado que, anteriormente, julgou recurso ou ação originária referente ao mesmo feito, como são os casos do recurso em sentido estrito contra a decisão de rejeição da denúncia, da apelação interposta em face da absolvição sumária e do *habeas corpus* em que se questiona uma medida restritiva de direitos fundamentais proferida pelo juiz de garantias. Em todos esses casos, como referido alhures, as decisões exigem dos magistrados um exame detalhado dos atos impugnados, decorrendo daí uma natural contaminação subjetiva incompatível com o princípio-garantia da imparcialidade. Em razão disso, foi afirmada a necessidade de um avanço ainda maior na reforma da atual legislação processual penal, no intuito de criar um *juizado de garantias*, assim compreendido como um órgão jurisdicional colegiado, integrante da estrutura dos tribunais de segunda instância, com competência exclusiva para revisar, em grau recursal, todas e quaisquer decisões proferidas pelo juiz de garantias durante a investigação criminal e, também, os atos jurisdicionais do juiz do processo, proferidos no curso da instrução processual. Com isso, estar-se-ia cindindo, definitivamente, a investigação criminal e a instrução processual, e potencializando a eficácia do direito a um efetivo julgamento imparcial.

A adoção do instituto do juiz de garantias pelo ordenamento jurídico-processual brasileiro, e, quiçá, a criação de um *juizado de garantias* competente para a revisão das

suas decisões e dos atos proferidos pelo juiz do processo, na instrução criminal, para além de constituírem verdadeira *revolução copérmica*²⁶ no âmbito do processo penal, aproximam a legislação pátria do ideal democrático exigido pela Constituição da República, do *giusto proceso* de que falam os italianos, e conferem maior eficácia à Convenção Americana dos Direitos Humanos. Constituem, de fato, um importante passo em direção à democratização do processo penal, embora de muitos outros ainda dependa a efetiva afinidade entre a lei ordinária e o texto constitucional.

²⁶ A expressão, como antes referida, é de CHOUKR, Fauzi Hassan, in: *As garantias constitucionais na investigação criminal...* p. 184.